

NOMOSLEHRBUCH

Baer

# Rechtssoziologie

Eine Einführung in die  
interdisziplinäre Rechtsforschung

5. Auflage



Nomos





NOMOSLEHRBUCH

Prof. Dr. Susanne Baer, LL.M.  
Humboldt-Universität zu Berlin

# Rechtssoziologie

Eine Einführung in die  
interdisziplinäre Rechtsforschung

5. Auflage



**Nomos**

**Die Deutsche Nationalbibliothek** verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-7296-4 (Print)

ISBN 978-3-7489-1312-2 (ePDF)

5. Auflage 2023

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2023. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

## Vorwort

Dies ist die erneut überarbeitete und aktualisierte Auflage eines Lehr- und Lesebuchs zu Grundfragen der Auseinandersetzung mit Recht – und zwar mit Recht als Praxis der Regulierung. Recht ist hier nicht nur staatliches Recht, und es zählen nicht nur Regeln und Dogmatik, sondern Recht ist soziales und kulturelles Phänomen und eine politische Praxis mit auch ökonomischen Folgen. Das ist der Versuch, Recht ganz aktuell zu verstehen – im Rechtspluralismus als spezifische Regel neben anderen, in der Handhabung durch juristische Akteure, in der Rechtsetzung und Rechtsanwendung durch Gerichte usw. Deshalb finden sich nicht nur Hinweise zu den „Klassikern“ der Rechtssoziologie – wie Eugen Ehrlich oder Max Weber –, die in der traditionellen Rechtssoziologie meist im Vordergrund stehen. Auch die klassische Frage nach der Rechtsgeltung wird hier nicht theoretisch behandelt, sondern läuft als Frage nach der Realität des Rechts mit.

Das ist ein zutiefst interdisziplinäres Unterfangen – also auch mehr als die soziologische Frage nach dem Recht. Aber auch diese ist in der Law and Society-Forschung sehr breit gestellt. Dazu gehören – auch hier – Aspekte der Gesetzgebungslehre und der Staats- und Verwaltungswissenschaft oder auch Erkenntnisse aus der Politik- oder Kulturwissenschaft sowie kritische Auseinandersetzungen mit Recht, vom angloamerikanischen Rechtsrealismus der „crits“ über die feministische bis zur postkolonialen Rechtskritik. Im Buch gibt es daher aber auch mehr Fragen als Antworten, riskant kurze Überblicke zu interessanten Aspekten aus sehr vielen wissenschaftlichen Disziplinen und Hinweise auf das, was ein empirischer Blick auf das Recht erkennbar werden lässt – also auch auf aktuelle empirische Forschung. Sicher taucht nicht alles auf, was zu bedenken wäre, aber Sie finden hier die Akteure und Praxisfelder, die Recht heute wesentlich real werden lassen.

Das Buch wendet sich an alle, die verstehen wollen, was es mit dem Recht politisch, kulturell oder auch ökonomisch auf sich hat. Dem liegen Vorlesungen an der Humboldt-Universität zu Berlin zugrunde. Alle Fehler verantworte ich selbst; für die guten Seiten danke ich einem wunderbaren Team, für die 1. Auflage vor allem Johanna Künne für Arbeiten am Manuskript Karina Theurer, Inga Flöck, David Scherer, Marieke Michel und Sophie Rosenbusch, für weitere Auflagen Myriam von Fromberg, Sara Fuchs und Marie-Luise Hartwig, für diese Auflage insbesondere Luna Mono. Eingeflossen sind auch Ideen von Kolleginnen und Kollegen, für die ich mich bedanke. Anregungen und Kritik sind weiter willkommen. Dahinter steht die Hoffnung, ein tiefgreifendes Verständnis für die Praxen des Rechts heute fundieren zu können, um das Juristische schlicht besser zu verstehen – sich dem #Rechtreal zu widmen.

Susanne Baer



# Inhaltsübersicht

<b>Vorwort</b>	5
<b>§ 1 Einleitung und Anleitung</b>	13
<b>§ 2 Auseinandersetzungen mit „Recht“</b>	21
<b>§ 3 Interdisziplinäre Rechtsforschung</b>	54
<b>§ 4 „Recht“: Konzepte, Ansätze, Theorien</b>	93
<b>§ 5 „Der Rechtsstab“: Regulierungsakteure</b>	170
<b>§ 6 Recht in Aktion: Regulierungsprozesse</b>	200
<b>§ 7 Mobilisierung von Recht</b>	232
<b>§ 8 Rechtsanwendung durch Gerichte und andere Institutionen</b>	252
<b>§ 9 Folgen von Recht</b>	269
<b>§ 10 Methoden: Recht, empirisch betrachtet</b>	287
<b>Literaturhinweise</b>	299
<b>Personenverzeichnis (Auswahl)</b>	307
<b>Stichwortverzeichnis</b>	309



# Inhalt

<b>§ 1</b>	<b>Einleitung und Anleitung</b>	13
	A. Aufbau	14
	B. Verstehen und Vertiefen	16
	C. Wie sich mit dem Buch gut arbeiten lässt	18
<b>§ 2</b>	<b>Auseinandersetzungen mit „Recht“</b>	21
	A. Geschichten	21
	B. „Jura“	25
	C. Die Grundfrage: Was ist Recht?	29
	I. „Begriffsjurisprudenz“?	30
	II. „Lebendes Recht“?	33
	III. „Freie Rechtsschöpfung“?	36
	IV. „Interessenjurisprudenz“?	37
	V. Recht als Sache, Rechtstatsachenforschung	41
	VI. Rechtssoziologie als „Kritische Regulierungswissenschaft“	46
	1. Kritik als Infragestellen: Interdisziplinäre Reflexion	46
	2. Rechtsforschung als „Regulierungsforschung“	50
<b>§ 3</b>	<b>Interdisziplinäre Rechtsforschung</b>	54
	A. Juristisch nur ein Fall? Das Kopftuch	57
	B. Geltendes Recht, Dogmatik und die Vorurteile	58
	C. Rechtsvergleichung und Rechtspluralismus	62
	D. Geschichtswissenschaft, Rechtsgeschichte: historisierende Reflexion	65
	E. Philosophie, Rechtsphilosophie: gerechtes Recht?	66
	F. Soziologie, Politologie, Staats-/Verwaltungswissenschaft	71
	I. Soziologie	71
	II. Politologie	72
	III. Staats-/Verwaltungswissenschaft	72
	G. (Sozial-)Psychologie	73
	H. Kriminologie	74
	I. Ethnologie, Anthropologie	75
	J. Kulturwissenschaften	78
	I. Kultur als Haltung zum Recht und rechtsbezogenes Handeln	78
	II. Kultur als Form: Zeichen, Technik, Text, Diskurse, Stoffe	82
	III. Kultur als Vorstellung: Symbole, Narrative und Bilderwelten	83
	K. Literaturwissenschaft, Linguistik	85
	L. Wirtschaftswissenschaften	87
	M. Religionswissenschaft, Theologien	88
	N. Naturwissenschaften, Medizin, Neurowissenschaften	89
	O. Interdisziplinarität? Und wer hat jetzt Recht?	90

<b>§ 4</b>	<b>„Recht“: Konzepte, Ansätze, Theorien</b>	93
A.	Recht als Regulierung	93
B.	Typen von Recht: Von Recht zum „Lebenden Recht“ zum Rechtspluralismus	97
I.	Was ist „Recht“?	97
II.	Typologie des Rechts	102
III.	Lebendes Recht – Rechtspluralismus?	107
IV.	Arten des Rechtspluralismus: räumlich und personal	113
C.	Funktionen von Recht	117
I.	Recht als System – von Luhmann zum Weltrecht	123
1.	Luhmanns Systemtheorie	123
2.	Systeme nebeneinander	125
3.	Funktionen des Systems Recht	127
4.	„Weltrecht“	129
II.	Recht als „Rationalisierung“ – von Weber zu Governance	130
1.	Webers verstehende Soziologie	131
2.	Idealtypen sozialen Handelns	132
3.	Recht als professionell sanktionierter Ordnungsfaktor	133
4.	Recht – Macht – Herrschaft	134
5.	Einwände: Vorurteile – Fortschrittsglaube	135
6.	Der Rechtsstab und die Bürokratie	137
III.	Recht als „Instrument“ und „verdichtete Form“ – von Marx zur ökonomischen Theorie des Rechts	140
1.	Marxistische Rechtstheorie	140
2.	Recht als problematische Form	144
3.	Ökonomische Theorien des Rechts	145
4.	Reflexion – Einwände – Kritik	147
IV.	Recht und Demokratie – Habermas, Maus u.a.	150
V.	Recht als „Ideologie“, „Diskurs“ und „Ontologie“ – von den „Crits“ zu Foucault und MacKinnon	154
1.	„CLS“ – „the Crits“	155
2.	Feministische, antirassistische und queere Rechtskritik: MacKinnon	159
3.	Juridische Diskurse: Foucault	165
D.	Recht als Praxis	168
<b>§ 5</b>	<b>„Der Rechtsstab“: Regulierungsakteure</b>	170
A.	Juristische Ausbildung	172
B.	Richter und Richterinnen	175
I.	„Klassenjustiz“ und „politische Justiz“	177
II.	Geschlecht und Justiz?	180
III.	Indikatoren zur Analyse der Justiz	181
C.	Anwaltschaft	183
D.	Verwaltung	185
E.	„Der Gesetzgeber“	189
I.	Gesetzgebung durch die Bundesregierung	191
II.	Gesetzgebung im Bundestag	191
III.	„Parteienstaat“?	194

IV. Gesetzgebung im Bundesrat	194
V. Lobbyismus, soziale Bewegungen und Mediendemokratie	195
VI. Private Regulierung?	197
VII. Gerichte als Akteure der Regulierung?	198
<b>§ 6 Recht in Aktion: Regulierungsprozesse</b>	<b>200</b>
A. Die Gesetzgebungslehre	201
B. „Genetische Rechtssoziologie“	206
C. Regulierungsprozesse	207
I. Regulierungsentscheidungen: der „regulatory choice“	207
II. Wo wird Recht gesetzt? Ebenen der Regulierung	208
III. Welches Recht wird gesetzt? Normtypen und Regulierungs-Modi	209
IV. Wie wird Recht gesetzt? Dynamiken der Regulierung	212
1. Regulierung „von oben“ und „von unten“	212
2. Insbesondere: Verknüpfungen zwischen privater und staatlicher Regulierung	219
3. Rechtsetzung als Politikzyklus	221
4. Governance-Netzwerke	225
5. Rechtsetzungsdiskurse als Wissenspolitik	227
6. Rechtsetzung als Ritual	229
V. „Gute Rechtsetzung“ durch Evaluation und Folgenabschätzung	230
<b>§ 7 Mobilisierung von Recht</b>	<b>232</b>
A. Subjektive Faktoren der Mobilisierung von Recht	233
I. Rechtsbewusstsein	233
II. Rechtskenntnis	235
III. Anspruchswissen	236
B. Objektive Faktoren der Mobilisierung: Regeln, Kosten, Kollektive	240
I. Der juristische Faktor: Mobilisierungsregeln	241
II. Effizienz der Rechtsdurchsetzung: Mobilisierungskosten	242
III. Mobilisierungsbarriere Individualisierung – Chance Kollektiv?	244
IV. Durchsetzung von Menschenrechten: Justizialisierung, Rhetorik, Diffusionsspirale?	247
C. Mobilisierung und Anwaltschaft	250
<b>§ 8 Rechtsanwendung durch Gerichte und andere Institutionen</b>	<b>252</b>
A. Orte der Rechtsanwendung, Typen des Entscheidens und der Entscheidungswahl	252
B. Herstellung und Darstellung von Entscheidungen	257
C. Interaktion vor und im Gericht	258
D. Medien des Rechts: Keine Gewalt ohne Gestalt	261
E. Urteile, Vorurteile und Vorverständnis	263

<b>§ 9 Folgen von Recht</b>	269
A. Sanktionen und Sanktionswirkungen	269
B. Rechtswirkungen und Rechtsgeltung	273
I. Anerkennung von Recht: Übereinstimmung und Akzeptanz	274
II. Symbolische Wirkung	276
C. Befolgung	278
I. Verhaltensgeltung	279
II. Sanktionsgeltung	280
D. Effekte	281
E. Rechtsfolgen konkret: Die Gesetzesfolgenabschätzung	283
<b>§ 10 Methoden: Recht, empirisch betrachtet</b>	287
A. „Empirie“	288
B. Ebenen und Typen empirischer Rechtsforschung	291
I. Mikro-, Meso-, Makroebene	291
II. Qualitative und quantitative Forschung	291
C. Sozialwissenschaftliche Methoden	292
I. Beobachtung	292
II. Befragung, Interview	293
III. Dokumentenanalyse	294
IV. Experiment	294
D. Kulturwissenschaftliche Methoden	295
I. Linguistische und Literaturwissenschaftliche Interpretation	295
II. Medien- und Bildanalysen	295
III. Diskursanalyse	297
<b>Literaturhinweise</b>	299
<b>Personenverzeichnis (Auswahl)</b>	307
<b>Stichwortverzeichnis</b>	309

## § 1 Einleitung und Anleitung

Was ist **Recht**? Inwiefern unterscheidet sich Recht von anderen **Normen**, beispielsweise sozialen Konventionen oder religiösen Ge- und Verboten? Welche Bedeutung hat Recht in einer Gesellschaft (und welche hat es in einer anderen?) und warum genau hat es diese Bedeutung für wen? Was wird durch Rechtsetzung und Rechtsprechung, was durch die Nutzung von Recht und was durch den Rechtsbruch bewirkt, also „gesteuert“ oder „reguliert“, und was kann Recht nicht bewirken? Wie lässt sich Recht als soziales und kulturelles Phänomen, als politische und als ökonomische, aber eben auch als spezifisch juristische Erscheinung beschreiben? Und was ist „Rechtskritik“?

Dies sind einige der Fragen, die in Deutschland im Rahmen der **Rechtssoziologie**, aber auch in der Kriminologie, der Rechtsanthropologie und der Rechtsethnologie, teilweise auch in der Rechtsgeschichte, der Rechtstheorie und -philosophie und in der Rechtsvergleichung bearbeitet werden. Im angloamerikanischen Sprachraum sind dies Fragen der **Law and Society-Forschung**, der *socio-legal studies* und *legal anthropology* (oder *anthropology of law*).<sup>1</sup> Daneben gibt es eine skandinavische Tradition **rechtsrealistischer Forschung**.<sup>2</sup> Dazu kommen explizit **rechtskritische Studien** gerade auch in jüngeren Rechtsstaaten in Lateinamerika, Asien und Afrika.<sup>3</sup> Es geht immer um eine Auseinandersetzung mit Recht als Tatsache, nicht nur als abstrakter „dogmatischer“ Idee. Der Unterschied ist lebenswichtig: „Menschenrechte“ als Idee sind wichtig, aber Menschenrechte als durchgesetzte Praxis retten Leben. Eine Rolle für unser Wissen über Recht spielen dabei auch kulturwissenschaftliche, regulierungspraktische und spezifisch kritische Perspektiven, die nicht im „Mainstream“ der Rechtswissenschaft schwimmen. Sie gehören – davon geht dieses Lehrbuch aus – zur Rechtssoziologie als Grundlagenfach im Studium der Rechtswissenschaft an deutschen Fakultäten, denn sie ermöglichen die Auseinandersetzung mit den „gesellschaftlichen Grundlagen des Rechts“.

Wozu ist das gut? Der Rechtssoziologe *Thomas Raiser* hat es so formuliert:

„Das ist es, was die empirische Rechtssoziologie als Zweig der Rechtswissenschaft leisten kann: Erarbeitung solider Kenntnis der Rechtstatsachen; Bereinigung von Vorurteilen und Alltagstheorien, die auf einer selektiven Wahrnehmung der Rechtswirklichkeit beruhen, und der darauf zurückgehenden politischen Kontroversen und Blockaden. Formulierung sachlich begründeter und somit aussichtsreicher Vorschläge zur Verbesserung des Rechts.“<sup>4</sup>

1 Zur Vertiefung: *Abel* (ed.), *The Law and Society Reader*, 1995; *Altschuler, Sgroi, Ryniker*, *Understanding law in a changing society*, 2016; *Banakar/ Travers* (eds.), *An Introduction to Law and Social Theory*, 2002; *Barkan*, *Law and Society: An Introduction*, 2016; *Cotterrell*, *The Sociology of Law*, 2<sup>nd</sup> ed. 1992; *Harris*, *An Introduction to Law*, 7<sup>th</sup> ed. 2007; *Travers*, *Understanding Law and Society*, 2009; *Vago*, *Law and Society*, 10<sup>th</sup> ed. 2016; *Monahan/ Walker*, *Social Science in Law*, 8<sup>th</sup> ed. 2014, *Ward*, *An Introduction to Critical Legal Theory*, 1998; zu allgemeiner Rechtsforschung *Ratnapala*, *Jurisprudence*, 2009; kritisch *Kairys* (ed.), *The Politics of Law*, 3<sup>rd</sup> ed. 1998.

2 Wichtige Autoren sind *Alf Ross*, *Axel Hägerström* und *Karl Olivecrona*.

3 Zu *law and development* vgl. *Dann, Kadelbach, Kaltenborn* (Hrsg.), *Entwicklung und Recht. Eine systematische Einführung*, 2014. Die Zeitschrift *VRÜ – Verfassung und Recht in Übersee* druckt kritische Beiträge der empirischen Rechtsforschung. S.a. *Boysen*, *Die postkoloniale Konstellation – Natürliche Ressourcen und das Völkerrecht der Moderne*, 2020.

4 *Raiser*, *Aufgaben der Rechtssoziologie als Zweig der Rechtswissenschaft*, Antrittsvorlesung 24.6.1993, online unter <http://edoc.hu-berlin.de/humboldt-vl/raiser-thomas/PDF/Raiser.pdf>.

- 4 Dieses Buch ist damit eine Einführung in die **interdisziplinäre Rechtsforschung**. Ich versuche zu beschreiben, was Recht tatsächlich *ist*, wie wir also Recht als gesellschaftliche Tatsache – und damit empirisch – verstehen können. Recht ist hier nicht in erster Linie Instrument zur Lösung von „Fällen“, sondern etwas, das wissenschaftlich, also systematisierend und differenzierend, aber auch in einem anspruchsvollen Sinne selbstkritisch („**reflexiv**“) diskutiert werden muss: Dass Recht gilt und was Recht regelt, wird also nicht einfach behauptet, sondern auch in Frage gestellt. Das ist der Kern einer im wissenschaftstheoretischen Sinn „kritischen“ Rechtswissenschaft – sie lebt als aufgeklärtes und aufklärendes Denken davon, Annahmen zu hinterfragen. Es ist aber auch schlicht realistisch, sich dem Recht so zu nähern, denn Gesetze oder Urteile oder Verträge „sind“ ja nicht einfach da, sondern werden in der Welt realistisch unterschiedlich praktiziert, verstanden, befolgt, gebrochen usw. In der Rechtsforschung dominieren also nicht (scheinbar eindeutige) Definitionen und Regeln, sondern Konzepte, Zugänge, Perspektiven und Fragen.
- 5 In der Rechtsforschung gehen wir **Fragen** nach. Und das ist Thema für alle, die sich mit Recht auseinandersetzen wollen, also für Juristinnen und Juristen, für politisch Engagierte oder professionell politisch Arbeitende, für Medien und für NGOs, für Bürgerinnen und Bürger – und damit auch für Studierende vieler Fächer. Für jede juristische Praxis gilt: Wer Recht nicht nur juristisch versteht, sondern auch als soziales und kulturelles Phänomen, kann besser mit ihm umgehen. Anders formuliert: Mit Hilfe der Rechtsforschung kann *Justitia*, die häufig mit der Binde vor den Augen dargestellt wird, genau hinschauen; die Rechtsforschung liefert auch für das eigene juristische Handeln **Grundwissen und Orientierung**. In diesem Buch sollen viele Fragen dazu anregen, sich selbst kritisch mit Recht zu befassen, um es realistisch zu verstehen; Methoden eigener Rechtsforschung skizziert Kapitel 10.

## A. Aufbau

- 6 In den folgenden Kapiteln werden wichtige Fragestellungen und Konzepte der interdisziplinären Rechtsforschung diskutiert. Das geschieht im **empirischen Hauptteil** (§§ 5–9) mit Blick auf die Akteure, die Recht setzen, über Rechtsstreitigkeiten entscheiden und Recht durchsetzen, sowie mit Blick auf die unterschiedlichen Praxisfelder, in denen das geschieht. Zuvor brauchen wir aber **theoretische Konzepte** zur Gestalt und zur Funktion von Recht, um diese Praxen zu verstehen (§§ 2–4). Nur mithilfe solcher Theorien – von den „Klassikern“ Durkheim oder Weber über die Großtheorien von Luhmann oder Habermas bis zu den detaillierten Kritiken von Marx, MacKinnon und Foucault – können wir auf die drängenden Fragen, die im Zusammenhang mit Recht heute gestellt werden müssen, überzeugende Antworten zu finden. Wenn von „der Globalisierung“ die Rede ist – was bedeutet das für das Recht aus welcher Perspektive? Wenn wir in einer Wissensgesellschaft leben – ist Rechtsetzung dann Voraussetzung für die Geltung von Regeln, ist sie Wissenspolitik oder eher eine Eigenschaft des Systems? Wenn Gesellschaften heute nicht mehr homogen, sondern vielfältig („pluralistisch“) sind – leben wir dann im Rechtspluralismus, oder in Mehrebenensystemen, in segmentierten Verhältnissen oder Netzwerken? Die theoretische Konzeption stellt die Weiche dafür, welche Fragen sich dann konkret stellen. Um sie zu beantworten, ist zu entscheiden, welches Material – welche Urteile, welche Regeln, welcher rechtspolitische Prozess – mit welchen **Methoden** untersucht wird (§ 10).

- Am Anfang stehen Hinweise dazu, wie sich mit diesem Buch am besten arbeiten lässt. Illustrierende Beispiele und ergänzende Fragen, die sich auch zum Lernen eignen, sind im jeweiligen Kapitel eingefügt und an der anderen Schriftart und Markierung erkennbar.
- Im **2. Kapitel** geht es um eine kurze Geschichte rechtssoziologischen Denkens und um die Theorien, also um die bekanntesten grundlegenden Konzepte einer Auseinandersetzung mit Recht. Also: Wie verlief die historische Entwicklung, oder: Was war bislang „die“ Rechtssoziologie?
- **Kapitel 3** präsentiert die Beiträge verschiedener akademischer Fächer bzw. Disziplinen zum Thema Recht. Von der Rechtsvergleichung über die Geschichtswissenschaft und die Philosophie, die Soziologie und die Psychologie, die Politikwissenschaft und die Kulturwissenschaften, die Wirtschaftswissenschaft, Religionswissenschaft und Naturwissenschaft – was hat die Forschung aus diesen Bereichen zum Recht zu sagen. An einem konkreten Beispiel wird gezeigt, wo interdisziplinäre Rechtsforschung spannend ist.
- Im **4. Kapitel** geht es um die Typen von Recht und die Vielfalt rechtlicher Regeln heute, also den Rechtspluralismus, sowie um die Funktion von Recht insgesamt. Hier finden sich die wichtigsten theoretischen Konzepte zum Verständnis von Recht, jeweils mit Bezug zu aktuellen Fragen. Die Systemtheorie von *Luhmann* ist hilfreich, wo es um Weltrecht geht (C I), *Max Weber* führt uns zur Diskussion um Governance (C II), *Marx* zu den heutigen ökonomischen Theorien des Rechts (C III). *Habermas* (C IV) betont die demokratische Funktion von Recht. Die kritischen Ansätze der feministischen und queeren, antirassistischen und postkolonialen Theorien und die Perspektive von *Foucault* auf juridische Diskurse ergänzt das (C V). Ergänzend ist zu fragen, wie sich die Digitalisierung – Recht 4.0? – auf Recht auswirkt (D).
- In **Kapitel 5** beginnt der empirische Hauptteil mit der Auseinandersetzung mit der Rechtspraxis. Zunächst geht es um die juristischen Akteure, die in der Rechtssoziologie traditionell „Rechtsstab“ genannt werden, also Gerichte, aber auch Anwaltschaft, Verwaltung und der Gesetzgeber.
- In **Kapitel 6** wenden wir uns dem zu, was diese Akteure tun: den Regulierungsprozessen. Das ist idealtypisch Thema der Gesetzgebungslehre; hier steht im Vordergrund, wie tatsächlich mit welchen Entscheidungen und in welchen Prozessen Recht gesetzt wird. Dazu gehören Fragen nach Governance und guter Rechtsetzung, nach der Wissenspolitik der Regulierung und nach den Ritualen, die Rechtsetzung auch ausmachen.
- Im **7. Kapitel** bleiben wir bei den Tatsachen und fragen, wann Recht überhaupt praktisch wirksam wird. Dazu bedarf es der „Mobilisierung von Recht“ durch Akteure. Dabei sind subjektive und objektive Faktoren zu beachten, die Recht auf dem Papier – *law on the books* – zu *law in action* werden lassen, oder aber als Barrieren wirken.
- **Kapitel 8** widmet sich der Rechtsanwendung. Tatsächlich ist das sehr unterschiedlich. Viele denken hier an das Urteil von Gerichten; tatsächlich entscheidet aber im Alltag vielfach die Verwaltung – nur: wie genau? Die Orte der Rechtsanwendung unterscheiden sich dabei ebenso wie die Geschichten und Bilder, die Handlungen und auch die Medien, mit denen das funktioniert.

- Schließlich stellt sich in **Kapitel 9** die Frage nach den Folgen von Recht. Das sind die eher unmittelbaren Wirkungen, aber auch die Effekte, die Recht tatsächlich hat oder – nach den Vorstellungen der Gesetzesfolgenabschätzung – haben soll. Da geht es also um Sanktionen wie die Strafe, aber auch um das Phänomen, das die meisten Regeln tatsächlich wohl befolgt werden.
  - Ganz am Ende skizziert **Kapitel 10** die wissenschaftlichen Methoden, die in der Rechtsforschung Anwendung finden können. Das ist für alle wichtig, die selbst empirisch forschen wollen, aber auch für die Fähigkeit, wissenschaftliche Untersuchungen in die eigene Arbeit einzubeziehen, denn dann müssen wir verstehen, wie die jeweiligen Arbeiten angesetzt haben, was sie leisten oder auch nicht leisten können.
- 7 Die **Literaturhinweise** ganz am Ende nennt Einführungen und Überblicke zur Rechtsforschung, wichtige Bücher und Aufsätze, beispielhafte Studien und Hinweise zu kritischer Rechtsforschung und Gender Studies zum Recht, kulturwissenschaftlichen Arbeiten und zu Gesetzgebung und Regulierung und eine Liste der „Klassiker“. Die Fußnoten im Text verweisen auf inhaltlich vertiefende oder sonst spannende Literatur und auf beispielhafte Studien zu konkreten Rechtsfragen. Wichtige Personen und Begriffe sind über das Personenverzeichnis und das **Stichwortverzeichnis** am Ende zu finden.

## B. Verstehen und Vertiefen

- 8 Die Rechtssoziologie und, etwas breiter, die interdisziplinäre Rechtsforschung, unterscheidet sich deutlich von den klassischen (deutschen) juristischen Fächern, etwa dem Zivilrecht oder dem Strafrecht. Dort wird an Hand eines bestimmten Schemas die eine richtige Antwort – eigentlich: ein Urteil – auf einen Fall gesucht. Demgegenüber stellt die interdisziplinäre Rechtsforschung in erster Linie **viele Fragen** nebeneinander. Die „eine Antwort“ ist eher ein Problem. Angesichts vieler interessanter Theorien gibt es kein „Schema“, das gelernt werden kann. Vieles, was mit Recht zusammenhängt, wissen wir bisher auch gar nicht genau, vieles ist auch umstritten.

Das wirkt manchmal verwirrend – hat nicht jede Disziplin, hat nicht jede Theorie irgendetwas zu Recht zu sagen? Es gibt auch kein „Rechtssoziologie leicht gemacht“, kein schnelles Lernen nur für die Klausur. Aber: die Weite und Vielzahl der Themen und Fragen ist spannend, und die Beispiele zeigen hoffentlich, wie aufregend und wie wichtig die Auseinandersetzung mit Recht sein kann und auch sein muss. Immerhin ist Recht eines der wichtigsten Mittel, um Macht auszuüben und um Macht zu begrenzen, und der Rechtsstaat deshalb ein zwingender Bestandteil von Demokratien, in denen gleiche Freiheit in Würde nicht nur ein leeres Versprechen ist. Dieses Buch soll verdeutlichen und erklären, wie das als Praxis – politisch, sozial, ökonomisch, kulturell – funktioniert.

- 9 Es gibt also sehr viele Fragen in der Rechtssoziologie und, breiter, für ein interdisziplinäres Verständnis von Recht. Die folgenden Fragen orientieren sich an den nachfolgenden Kapiteln (in den Verweisen heißen sie: § 2, § 3 usw). Sie lassen sich – wie die Aufgaben in den Kapiteln selbst und die zusammenfassenden Fragen am Ende jedes Kapitels – auch zur Lernkontrolle benutzen, denn sie können gut als Aufgaben in Klausuren oder Hausarbeiten genutzt werden.

1. Als „Vorfrage“ – zum „Vorverständnis“, gegen unreflektierte „Vorurteile“: Wer bin, wo stehe ich, was heißt das für meine Haltung zum Recht, mein Studium und meine Forschung? 10
- Welches Ziel verfolge ich, was möchte ich wissen?
  - Was weiß ich schon? Warum weiß ich gerade das? Zu welcher Literatur, zu welcher Forschung in welcher Sprache hatte ich bisher Zugang?
  - Welche Fragen und welche Probleme sind für mich von Interesse? Wie sehe ich diese Probleme und warum sehe ich sie so?
  - Wie beeinflusst all das meine Sichtweise, meine Interessen, meine Forschung?
2. Aus welchen Überlegungen speist sich interdisziplinäre Rechtsforschung? 11
- Was war und was ist Rechtssoziologie heute?
  - Wie hat sich die Rechtssoziologie entwickelt und welche Perspektiven sind heute wichtig, um Recht zu verstehen? In welchen geschichtlichen Situationen ist welche Frage zum Recht zentral gewesen?
3. Was ist das „Interdisziplinäre“ an heutiger Rechtsforschung? 12
- Welche akademischen Fächer können was genau zu einem Verständnis von Recht beitragen?
  - Wie wirken sich die Unterschiede in der Herangehensweise und den Fragestellungen in einem konkreten Fall – zB dem Streit um das Kopftuch (§ 3), oder einem Streit um Steuern, Grenzschutz, Klimaschutz oder „Mietendeckel“ – aus?
4. Was ist Recht? 13
- Wie unterscheidet sich Recht von anderen Normen? Was ist „Rechtspluralismus“?
  - Welche Funktionen hat Recht allgemein?
  - Was bedeutet Recht in sozialen Verhältnissen, Verfahren, Institutionen („Strukturen“) oder als „System“?
  - Inwiefern ist Recht Arbeitsteilung zwischen Individuen und Organisationen, in Netzwerken („Governance“)?
  - Ist Recht ein Ausdruck der ökonomischen Verhältnisse, eine Ressource und ein Kostenfaktor („ökonomische Analyse“)?
  - Ist Recht ein politisches Instrument? Was repräsentiert Recht in symbolischen Ordnungen, was konstruieren juristische Sprache und Bilder – und welche Funktionen hat Recht, kritisch betrachtet, genau zugunsten bzw zulasten von wem?
5. Wer ist am Recht beteiligt, was ist „der Rechtsstab“? 14
- Was bedeuten und wie handeln Personen juristisch, individuell und professionell?
  - Welchen Einfluss hat die juristische Ausbildung auf die Rechtspraxis?
  - Wer genau ist „die Anwaltschaft“, wer „die Verwaltung“ und „der Gesetzgeber“?
6. Wie lassen sich heutige Regulierungsprozesse beschreiben? 15
- Was besagt die Gesetzgebungslehre?
  - Wo wird heute Recht gesetzt, welche Modi werden benutzt und wer wählt diese aus?
  - Was ist Regulierung von oben, was Regulierung von unten?
  - Was ist „gute Rechtsetzung“?

- 16 7. Wie wird Recht mobilisiert?
- Inwiefern sind Rechtsbewusstsein, Rechtskenntnis und Anspruchswissen wichtig, um Recht überhaupt in Aktion zu setzen?
  - Welche objektiven Rahmenbedingungen fördern oder behindern die Mobilisierung von Recht?
- 17 8. Wie genau funktioniert Rechtsanwendung vor Gerichten oder ähnlichen Institutionen?
- Welche Faktoren spielen bei gerichtlichen Entscheidungen eine Rolle: Fiktionen, Vorurteile, Interaktion, Zeitdruck, Entscheidungsprogramme?
  - Wie rechtsgebunden arbeitet die Verwaltung tatsächlich?
- 18 9. Was bewirkt Recht?
- Inwiefern lassen sich Sanktionen von Wirkungen und Effekten von Recht unterscheiden?
  - Wie wichtig ist Akzeptanz für die Geltung von Recht?
  - Wo spielen Folgen von Recht heute eine Rolle?
- 19 10. Wie lässt sich Recht als gesellschaftliches Phänomen noch besser verstehen?
- Welche Methoden bieten sich an, um Recht zu untersuchen?
  - Was ist der Unterschied zwischen qualitativer und quantitativer Forschung? Ist diese Unterscheidung sinnvoll?
  - Was lässt sich mit einer Diskursanalyse über Recht herausfinden?

20 ► **Mind map**

Die Frage nach „Recht“ ist sehr vielschichtig – es geht um ein großes Spektrum von Fragen und Themen. Das lässt sich auf einer gedanklichen Landkarte (*mind map* oder Wissenslandkarte) abbilden. Versuchen Sie, eine solche Karte zu erstellen und ergänzen Sie diese im Laufe der Lektüre dieses Buches.

Notieren Sie dazu den Begriff „Recht“ zentral. Fügen Sie dann alle Begriffe hinzu, die für ein Verständnis von Recht Ihres Erachtens entscheidend sind: Gerichte, Regeln, Sanktion, Regulierung, Gesetzgebung, Verwaltung, Rechtsdurchsetzung usw – dazu können Sie auch das Inhaltsverzeichnis dieses Buches benutzen.

Verbinden Sie die Begriffe so miteinander, dass sich logische Zusammenhänge ergeben: Wichtiges wird zentral verbunden, Unwichtiges rutscht an den Rand, Irrelevantes bleibt unverknüpft. Was zeigt sich jetzt?

Diese „Landkarte“ (map) ordnet Ihre Assoziationen und Fragen. Das kann helfen, Recht systematisch zu verstehen – also die Fragen zu Recht als tatsächlichem Phänomen geordnet zu stellen und in einen sinnvollen theoretischen Zusammenhang zu bringen. Je öfter Sie die Landkarte präzisieren, desto genauer zeigt sich, was Recht als Phänomen „ist“. ◀

### C. Wie sich mit dem Buch gut arbeiten lässt

- 21 Dieses Buch versucht, alle wichtigen Perspektiven zu diskutieren, die für ein Verständnis von Recht wichtig sind – für Studierende der Rechtswissenschaft und anderer Wissenschaften (siehe insbesondere § 3), für Neugierige, die theoretisch informiert verstehen möchten, welche Fragen sich heute im Zusammenhang mit „Recht“ stellen,

für **Forschende**, die eine **Studie** durchführen wollen, in der es auch um Recht geht (wie eine Master-Arbeit oder zur Promotion) und für **Lehrende**, die eine Lehrveranstaltung zur Rechtssoziologie oder zu Recht als sozio-kulturellem Phänomen anbieten. Mit den 9 Kapiteln lässt sich eine Lehrveranstaltung zur Rechtssoziologie über ein Semester gestalten und begleiten. Die Hinweise zu den wissenschaftlichen Methoden (dazu § 10) können benutzt werden, um über Recht nicht nur dogmatisch oder, was die Lebenswirklichkeit angeht, nicht naiv zu forschen.

Zur **Vorbereitung einer Klausur** zur Rechtssoziologie als juristisches Grundlagenfach kann dieses Buch ebenso benutzt werden wie als **Grundlage für eine Vorlesung**. Im Text gibt es „Aufgaben“ als Anregungen, die jeweils behandelten Fragen anhand konkreter Beispiele zu reflektieren. Optimal ist es immer, dann auch eigene Beispiele zu bilden, um zu überprüfen, ob mit dem hier erworbenen Wissen gut gearbeitet werden kann. Im Text und in der Literaturliste im Anhang finden sich außerdem Hinweise auf andere Lehrbücher<sup>5</sup> und weiterführende Literatur (und selbstverständlich Hinweise auf Quellen, also auf Erkenntnisse, die ich bei Anderen gefunden habe).

Das Buch lässt sich auch zur **Vertiefung** nutzen: Zur Rechtssoziologie gehört in Deutschland meist ein „Kanon“ von Themen, Personen und Theorien – er findet sich hier als Geschichte der Rechtssoziologie (§ 2) und entlang der Funktionen von Recht (§ 4). Zur Rechtssoziologie gehört traditionell auch die Justizforschung – als Auseinandersetzung mit den Akteuren des Rechts (§ 5). Die Gesetzgebungslehre wird hier als Regulierungspraxis verstanden (§ 6). Die Debatte um Geltung und Wirkung von Recht wird hier – später als sonst, aber nicht nur theoretisch, sondern auch empirisch – als Aspekt der Rechtsfolgen diskutiert (§ 9). Allerdings: Dieses Buch bemüht sich darum, Recht aus verschiedenen wissenschaftlichen Perspektiven auch jenseits der Soziologie zu behandeln<sup>6</sup>, es bindet die „kritischen Ansätze“ ein, und es versucht, die Formen und Felder heutiger Rechtspraxis – nicht nur der Justiz, sondern auch der Rechtsetzung oder der Rechtsdurchsetzung – möglichst aktuell zu beleuchten; sowohl als nationales Recht als auch in transnationaler Regulierung, sowie als lokale Praxis.

Die vielen Fragen zum Recht werden hier in der Hoffnung aufgeworfen, Neugierde und auch ein Forschungsinteresse am Recht zu wecken. Manches mag fehlen. So beziehe ich mich in erster Linie auf den mir erkennbaren **Stand der deutsch- und englischsprachigen Forschung**; die Beispiele befassen sich in erster Linie mit dem deutschen und europäischen, manchmal auch mit US-amerikanischem Recht. Wenn Sie Anregungen haben, was ergänzt werden sollte, schreiben Sie bitte an [Rforsch@rewi.hu-berlin.de](mailto:Rforsch@rewi.hu-berlin.de).

5 Deutschsprachige juristische **Lehrbücher zur „Rechtssoziologie“** sind *Raiser*, Grundlagen der Rechtssoziologie, 6. Aufl. 2013; *Rehbinder*, Rechtssoziologie, 8. Aufl. 2019; *Röhl*, Rechtssoziologie, 1987 (unter [www.ruhr-uni-bochum.de/rszoinfo](http://www.ruhr-uni-bochum.de/rszoinfo)) und *Rottleuthner*, Einführung in die Rechtssoziologie, 1987. Vertiefend zu lesen wären *Luhmann*, Die soziologische Beobachtung des Rechts, 1986; *ders*, Ausdifferenzierung des Rechts, 1999; *Rottleuthner*, Rechtstheorie und Rechtssoziologie, 1981; *Strempel/Rasehorn* (Hrsg.), Empirische Rechtssoziologie, Festschrift Kaupen, 2002. Einen Überblick liefern *Machura*, Rechtssoziologie, in: *Kneer/Schroer* (Hrsg.), Spezielle Soziologien, 2010, 379; *Stegmaier*, Recht und Normativität aus soziologischer Perspektive, in: *Krüper* (Hrsg.), Grundlagen des Rechts, 3. Aufl. 2017, 67; auch *Martin/Köbel/Launhardt*, Recht als soziale Praxis, Rechtstheorie 31 (2000), 15.

6 Hier gibt es Verbindungen zu anderen juristischen **Grundlagenfächern**. Ergänzungen wären *Matthias Mahlmann*, Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, 5. Aufl. 2019, *Karl-Ludwig Kunz* und *Martino Mona*, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, 2. Aufl. 2015 und die Beiträge im Sammelband von *Artur Kaufmann*, *Winfried Hassemer* und *Ulfrid Neumann*, Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 8. Aufl. 2011; *Sonja Buckel*, *Ralph Christensen* und *Andreas Fischer-Lescano*, Neue Theorien des Rechts, 3. Aufl. 2020 oder auch *Krüper* (Hrsg.), Grundlagen des Rechts, 3. Aufl. 2017.

- 24 Bei der Lektüre könnte auffallen, dass nicht alles so formuliert ist wie in den gängigen Lehrbüchern. Ein Grund dafür ist das Bemühen um **geschlechtergerechte Sprache**: Das „generische Maskulinum“, also die männliche Sprachform<sup>7</sup>, benennt eben nicht einfach „alle“: „der Kläger“, „der Richter“, „der Anwalt“ usw kann auch die Klägerin, Richterin oder Anwältin sein. Was tun? Manche ersetzen das Maskulinum durch die weibliche Sprachform – das wirkt auf viele provokativ, verdeutlicht aber das Problem. Schreiben Sie einfach einen (juristischen) Text komplett in weiblicher Form – dann wissen Sie: Sprache ist nicht nur Kosmetik. Manchmal ist es wichtig, nicht „geschlechtsneutral“ zu formulieren, denn die Welt ist tiefgreifend durch geschlechtsbezogene Kategorisierungen geprägt („vergeschlechtlicht“). Es handelt sich dabei nicht um eine Frage von „Sensibilität“, sondern um möglichst empirisch zutreffende Beschreibungen: Wenn nur Frauen das Amt ausüben, geht es um Richterinnen, wenn es nur Männer sind, um Richter, und wenn es beide gibt, sind es Gerichte oder Menschen, die Recht sprechen oder Richterinnen und Richter usw.

Daneben versuche ich, weitere problematische Formulierungen zu vermeiden: „Ausländerfeindlichkeit“ ist meist keine, sondern Rassismus; „Flüchtlinge“ (oder auch „Prüflinge“) klingt anders als „Geflüchtete“; „Behinderte“ sind nicht objektiv so, sondern werden behindert, weil wir Treppen bauen und zu selten Rampen, usw.<sup>8</sup> Es gilt, bei der Betrachtung und Beschreibung der Welt genauer zu werden; sehr wichtig ist das für juristische Texte, die verbindlich gelten.

In Deutschland ist übrigens schon lange gesetzlich vorgegeben, dass Rechtstexte geschlechtergerecht formuliert sein müssen.<sup>9</sup> Vor Gericht hat eine Frau, die nicht mit Formularen konfrontiert werden wollte, auf denen es nur Männer als „Kunden“ usw. gibt, bisher keinen Erfolg gehabt.<sup>10</sup> Das ist also ein erstes Beispiel dafür, dass Recht auf dem Papier und Recht in der Praxis weit voneinander entfernt sein können.

7 Hierzu gibt es sehr viel Polemik, aber auch Fachliteratur, u.a. *Steinhauer/ Diewald*, Duden: Richtig gendern – Wie Sie angemessen und verständlich schreiben, 2017. Praktische Hinweise bietet [www.genderleicht.de](http://www.genderleicht.de) vom Deutschen Journalistinnenbund. Interessant nach wie vor: *Grabruker*, Vater Staat hat keine Muttersprache, 1993.

8 Zu Sprache und Rassismus ausführlich und praktisch *Nduka-Agwu/ Hornscheidt* (Hrsg.), Rassismus auf gut Deutsch, 2. Aufl. 2013.

9 Die Vorgabe ist seit 2001 geregelt in § 1 Abs. 2 BGLiG. Die Empfehlung findet sich bereits in: Deutscher Bundestag (Hrsg.), Maskuline und feminine Personenbezeichnungen in der Rechtssprache. Bericht der Arbeitsgruppe „Rechtssprache“ vom 17.1.1990, BT-Drs. 12/1041 (1991). Maßgeblich ist in der Praxis das Handbuch der Rechtsförmlichkeit mit Rn. 110 zur sprachlichen Gleichbehandlung von Frauen und Männern.

10 Darüber hat der Bundesgerichtshof (BGH) entschieden, mit Urteil vom 13.3.2018 – VI ZR 143/17. Das Bundesverfassungsgericht hat auf die Beschwerde der Klägerin nicht in der Sache geurteilt; BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 26.5.2020 – 1 BvR 1074/18.

## § 2 Auseinandersetzungen mit „Recht“

Was ist das Recht, das Gerichte anwenden? Welches Recht gilt – im Straßenverkehr, beim Online-Einkauf, auf Reisen? Was müssen Juristinnen und Juristen wissen, um professionell oder besser noch: um „gut“ und wohl auch „gerecht“ Recht setzen oder anwenden zu können? Die Antworten auf diese Fragen fallen in unterschiedlichen Zusammenhängen sehr unterschiedlich aus. Hier geht es zunächst um einige berühmte Versuche, Recht auch jenseits der gesetzten Regeln zu verstehen, die als **Geschichten der Rechtssoziologie** und interdisziplinären Rechtsforschung erzählt werden können. Es gibt sicher viel mehr. Aber die Ansätze des 19. und frühen 20. Jahrhunderts, die sich grundlegend dafür interessiert haben, was Recht eigentlich ist, sind bis heute wichtig: die Begriffsjurisprudenz, die Idee vom „lebenden Recht“, das Plädoyer für „freie Rechtsschöpfung“, die Interessenjurisprudenz. Damals wurde schon gestritten, wie eigentlich sichergestellt werden kann, dass Recht auch tatsächlich „gilt“, also die Beteiligten in einem Konflikt bindet. Jünger sind soziologische Ansätze, die Recht als Tatsache behandelt haben – neben anderen sozialen „Fakten“. Schließlich versucht aktuelle Forschung, die sich als „**kritische Regulierungswissenschaft**“ verstehen lässt, interdisziplinär Recht als Praxis zu betrachten.

1

### A. Geschichten

Die Auseinandersetzung mit dem „realen Recht“, dem Recht als Tatsache, hat wie alle Denkbewegungen Geschichte. Genauer: Das Nachdenken über Recht als einem tatsächlich beobachtbaren Phänomen, also nicht nur als einem System normativer Aussagen zB in Gesetzeswerken oder der dogmatischen Kommentarliteratur, hat viele Quellen. Geschichte besteht also aus den Geschichten, die wir darüber jeweils erzählen. Das ist nie die „ganze Wahrheit“. Aber für das Verständnis von „Recht“ sind einige besonders interessant.

2

#### ► **Geschichte oder Geschichten?**

3

Eine historische Betrachtung von Rechtssoziologie, Rechtswissenschaft oder auch Recht kann versuchen, eine große Geschichte zu erzählen: was war zuerst, was kam dann, wie ist es jetzt. Das ist eine traditionelle Herangehensweise, in der gesellschaftliche Veränderungen vorrangig als Entwicklung begriffen werden – als Evolution.

Handelt es sich bei der Geschichte des Rechts aber tatsächlich um eine Entwicklung? Oder sind es nicht vielmehr sehr viele unterschiedliche Ereignisse an unterschiedlichen Orten, die Recht auch unterschiedlich geprägt haben? Wir müssen viele Geschichten kennen, um Recht historisch zu verstehen.

Zudem: Wie sollen wir heute beschreiben, wie etwas in der Vergangenheit „tatsächlich“ war? Wir benutzen heutige Begriffe, verstehen Dinge aus heutiger Sicht, umrahmen Ereignisse aus heutiger Perspektive. Vergangenheit ist insofern immer erzählte – und damit auch „konstruierte“ – Geschichte.

Historische Rückblicke versuchen dann, eine Vielzahl von Ereignissen jeweils in ihrer Zeit, an ihrem Ort und mit ihren Akteuren zu begreifen. Das verdeutlicht bestenfalls, dass Geschehnisse unterschiedlich interpretiert und beschrieben werden, jeweils aus einer bestimmten Perspektive. An die Stelle einer „großen Geschichte“ treten verschiedene Erzählungen. Vergangenheit wird konstruiert; wer das beachtet, hat einen „konstruktivistischen“ Ansatz:

Geschichte ist danach eine bestimmte Art und Weise, Vergangenheit zu erzählen.<sup>1</sup> Hier bedeutet das: Rechtssoziologie ist historisch gewachsen, als Auseinandersetzung mit Recht in der Welt. Was da jeweils wichtig war und deshalb „relevant“, variiert. ◀

- 4 Die Auseinandersetzung mit Recht als (staatlicher) Praxis beginnt sehr früh. *Aristoteles* (384–322 v. Chr.) hat in seinen Arbeiten zum Staat (der *polis*), insbesondere Verfassungen untersucht (die *politeia*). Danach gebe es verschiedene Staatsformen, als Idealtypen die Monarchie, Aristokratie und Politie, aber auch deren „Entartungen“: Tyrannis, Oligarchie und Demokratie. Das klingt zunächst einmal wie viele andere Theorien über Staaten, also überhaupt nicht soziologisch oder sonst empirisch. Jedoch war für Aristoteles die Politie zwar idealiter die Herrschaft der Vielen, aber tatsächlich die Herrschaft der Mittellosen: Er kombinierte also die ideale Betrachtung mit empirischen Überlegungen.<sup>2</sup> Das Interesse daran, wie ein bestimmtes Rechtssystem nicht zuletzt ökonomisch aufgebaut ist bzw. wirkt, ist auch heute von Bedeutung – nicht nur hat sich *Marx* für das Recht als Überbau der ökonomischen Verhältnisse interessiert, auch sind heute unterschiedliche ökonomische Analysen des Rechts und zahlreiche andere kritische Ansätze sehr einflussreich (mehr in § 4 C III ff).
- 5 Für Recht interessierten sich aber nicht nur „die alten Griechen“ oder „Römer“ oder Theoretiker aus Europa oder dem globalen Norden. Es wäre „eurozentrisch“, sich darauf zu beschränken. Frühe Beispiele für rechtssoziologische Konzepte finden sich auch andernorts. Im 14. Jahrhundert sammelte beispielsweise *Ibn Khaldun* die Geschichte der „Araber, Nichtaraber und Berber“.<sup>3</sup>

► *Khaldun* (ابن خلدون *Ibn Chaldūn*) (1332–1406) kam aus einer adligen Familie aus Tunis und Sevilla. Er studierte den Koran, Arabistik und Jurisprudenz, arbeitete als Berater des Sultans in Fes und als Diplomat, dann in hohen Ämtern im Maghreb, und schließlich forschend in Kairo. ◀

*Ibn Khaldun* schrieb Sozialgeschichte erstmals wissenschaftlich, also systematisiert in verschiedenen Entwicklungsstufen von nomadischer zu städtischer Lebensform und untersuchte zudem unterschiedliche Herrschaftsformen. Er richtete also seinen Blick auf Organisationsstrukturen, die sich entwickeln: Er arbeitete mit einem evolutionären Ansatz. Diese Art, über Recht im Kontext von Gesellschaft nachzudenken, ist später für *Durkheim* wichtig, der sich für die gesellschaftlichen Grundlagen des Vertrages interessiert (mehr unter C); die evolutionäre Perspektive prägt insbesondere die Systemtheorie von *Luhmann*: Recht ist danach eine Struktur, die mit der Gesellschaft als sich ständig veränderndem Sozialsystem eng verwoben („interdependent“) ist (in § 4 C I).

- 6 Studien zu Recht und Gesellschaft wurden also schon früh und weltweit betrieben. *Niccolo Macchiavelli* (1469–1527) ist bis heute für seine Beschreibung der fürstlichen Herrschaft bekannt. Auch er wollte (im 15. Jahrhundert) den (italienischen) Idealen die Wirklichkeit gegenüberstellen. In seinem Werk „*Il Principe*“ schreibt er: „Da

1 Ein oft zitiertes Beispiel zur Geschichte der Nationen Frankreich und Deutschland ist *Anderson*, Die Erfindung der Nation, 1998. Auseinandersetzungen um das nationale Selbstverständnis nutzen oft juristische Foren. Zum Streit in den USA um die (deutsche) Sprache in einem gerichtlichen Verfahren *F. Baer*, The Trial of Frederick Eberle, 2008.

2 Zentral ist das III. Buch der Politik von *Aristoteles*, in Deutsch zB in *Grumach* (Begr.), *Flashar* (Hrsg.), *Aristoteles*. 20 Bde. 1956–1984. Wichtige Begriffe werden in Wörterbüchern der antiken Philosophie erläutert, z.B. von *Horn/Rapp*.

3 Auf Deutsch verfügbar sind Abschnitte aus dem *muqaddima*, aus d. Arab. von *Schimmel*, 1951.

es aber meine Absicht ist, etwas Nützlichliches für den zu schreiben, der es versteht, schien es mir angemessener, der Wirklichkeit der Dinge nachzugehen als den bloßen Vorstellungen über sie.“<sup>4</sup> *Macchiavelli* wollte Herrschaft also tatsächlich verstehen. Wie Herrschaft auch als rechtsgebundene Regierung tatsächlich funktioniert, ist heute von hoher Bedeutung. Dementsprechend versucht die Rechtsforschung, Recht als ein Mittel solcher Herrschaft, als politische Praxis zu begreifen.

Ein ähnliches, heutigen Vorstellungen von Rechtsstaatlichkeit näheres Interesse hatte *Montesquieu* (1689–1755). Er gilt als der Theoretiker der Gewaltenteilung – die tatsächlich Institutionen voneinander abgrenzt und miteinander verschränkt, also Gewalt im Sinne der Herrschaftsbefugnisse verteilt. Rechtsforschend lässt sich an ihn anknüpfen, um zu verstehen, was tatsächlich geschieht, wenn zB die Vorgaben aus Art. 20 Abs. 2 und 3 des Grundgesetzes Anwendung finden. *Montesquieu* ist zudem dafür bekannt geworden, aus scharfsinnigen Beobachtungen der Lebenswirklichkeit neue Konzepte zu entwickeln. Für ihn waren soziale und politische Realitäten – in Frankreich und darüber hinaus – der Ausgangspunkt für seine Theorien. In seinem „Geist der Gesetze“ schreibt *Montesquieu*:

„[D]ie Staats- und Zivilgesetze [...] müssen dem Volk, für das sie geschaffen sind, so genau angepasst sein, dass es ein sehr großer Zufall wäre, wenn sie auch einem anderen Volke angemessen wären. Sie müssen der Natur und dem Prinzip der bestehenden oder erst zu errichtenden Regierungsform entsprechen [...]. Sie müssen weiter der Natur und dem Prinzip des Landes entsprechen, seinem [...] Klima, der Beschaffenheit des Bodens, seiner Lage und Größe, der Lebensweise der Völker, ob Ackerbauer, Jäger oder Hirten: sie müssen dem Grad von Freiheit entsprechen, der sich mit der Verfassung verträgt, der Religion ihrer Bewohner, ihren Neigungen [...], ihren Sitten und Gebräuchen.“<sup>5</sup>

Hier wird nicht nur beobachtet. *Montesquieu* verknüpft seine „Daten“ mit konzeptionellen Vorstellungen von Wirklichkeit, mit Theorie: Die Freiheit im Rahmen einer Verfassung wird auf die Sitten und Gebräuche bezogen. Daraus entwickelt *Montesquieu* auch eine erste These zur Migration von Recht: Was in einem Kontext passt, so argumentiert er auch als Verfasser der „Persischen Briefe“,<sup>6</sup> sei in einem anderen Kontext ganz unangemessen – eine heute oft ebenso wichtige wie umstrittene Auffassung, zB zur Integration in der EU, zum Völkergewohnheitsrecht usw.

Heute gilt in der Rechtswissenschaft wie bei *Montesquieu* angelegt: Rechtsvergleichung muss als Vergleich von unterschiedlichen Regelungen in je besonderen gesellschaftlichen Kontexten („kontextualisiert“) betrieben werden. Ein Beispiel dafür ist *Alexis de Tocquevilles* „Über die Demokratie in Amerika“ von 1835.<sup>7</sup> Darin schildert *Tocqueville* als beobachtender Besucher aus Frankreich nicht einfach das Staatsorganisationsrecht, sondern versucht zu verstehen, warum demokratische Verfahren und Institutionen in den jungen Vereinigten Staaten sind wie sie sind. Er betreibt, wenn auch noch unsystematisch, also ohne die Methoden, die der Rechtsforschung heute zur Verfügung stehen (dazu mehr in § 10), rechtssoziologische Forschung. Bis heute wird

4 Il principe, Deutsch: Der Fürst, 1986, 119. Vertiefend *Münkler*, Machiavelli, 2004; *Schröder*, Niccolo Macchiavelli, 2004.

5 Im Original: De l'esprit des loix, 1748, Deutsch: Vom Geist der Gesetze, 1994; I.3.

6 Lettres persanes (1721), Deutsch: Persische Briefe, 1991.

7 De la démocratie en Amérique, 2 Bde., 1835/1840, Deutsch: Über die Demokratie in Amerika, mehrere Ausgaben. Vertiefend zu Tocqueville *Herb/Hidalgo*, Alexis de Tocqueville, 2005; zum vergleichenden Blick *Offe*, Selbstbetrachtung aus der Ferne, 2004.

aber daraus zitiert. Weniger häufig findet sich der Hinweis, dass *Tocqueville* mit seiner realistischen Betrachtung verschiedener Rechtsordnungen als Berater der französischen Regierung auch deren Kolonialpolitik in Algerien befürwortet hat. Dies umfasste die rassistische Argumentation, Kriegsvölkerrecht gelte gegen „Araber“ nicht, was es rechtfertige, dort „leidige Notwendigkeiten“ in Kauf zu nehmen, um ein ganzes Volk dem eigenen zu unterwerfen, und was letztlich auf „zwei sehr verschiedene Gesetzgebungen“, also das hinauslaufen müsse, was heute im Internationalen Recht als Apartheid definiert und verboten ist.<sup>8</sup> Hier stellt sich – wie bei vielen anderen „Klassikern“ des „Kanons“ – die Frage, wie wir das heute bewerten wollen, wenn damals mehrheitlich kolonial, rassistisch usw argumentiert wurde.

- 9 Neben den politischen Perspektiven sind für die Geschichte der Rechtsforschung auch ökonomische Perspektiven wichtig. Ein Beispiel liefert der Philosoph und Ökonom *Adam Smith* (1723–1790). Sein Werk *The Wealth of Nations* (1776)<sup>9</sup> macht ihn zum Begründer einer Theorie der freien Marktwirtschaft, in der eine „unsichtbare Hand“ (*invisible hand*) das ökonomische Geschehen steuere. *Smith* befasste sich auch mit den Wirkungen, die Gesetzgebung auf den Markt hat und haben kann. Die Frage nach dem Zusammenhang zwischen Recht und Ökonomie war dann nicht nur für *Marx* grundlegend, sondern ist heute der Ausgangspunkt für die ökonomische Analyse des Rechts (dazu § 4 C III).
- 10 Ein ganz großer Name der deutschen Rechtsgeschichte ist *Friedrich Carl von Savigny* (1779–1861). Er steht für den Methodenkanon der Auslegung. Aber er hat etwas zur Rechtsforschung beigetragen, denn er konzentrierte sich in seiner Forschung auf das Gewohnheitsrecht.

► *Von Savigny* studierte Rechtswissenschaften in Marburg und Göttingen, 1810 wurde er Professor in der im selben Jahre gegründeten Universität in Berlin, 1842 wurde er zum Staats- und Justizminister in Preußen ernannt. ◀

*Savigny* ging davon aus, Recht sei „organisch“ gewachsen und richte sich nach den Überzeugungen des jeweiligen Volkes, dem „Volksg Geist“. Dies ist die Idee der „historischen Rechtsschule“, nach der sich durch die Beobachtung der Sitten und Gebräuche eines Volkes dessen Recht erkennen lasse. Damit wandte sich *Savigny* auch gegen die Bestrebungen seiner Zeit, Recht schriftlich zu kodifizieren. Später nahm *Ehrlich* Bezug auf dieses erste Konzept soziologischer Jurisprudenz, kritisierte aber gleichzeitig, dass *Savigny* diese Beobachtung „des Volkes“ selbst nicht wirklich durchführte. Der „Volksg Geist“ verkörperte damit nur die mehr oder minder romantische und auch lokal begrenzte Vorstellung von einer einheitlichen, nationalen Überzeugung.<sup>10</sup>

8 *Tocqueville*, Gedanken über Algerien, in: *Bluhm* (Hrsg.), Kleine Politische Schriften, 109, Zitate 119 und 157. Das Verbot der Apartheid trat mit der Internationalen Konvention über die Unterdrückung und Bestrafung des Verbrechens der Apartheid von 1973, die von Deutschland nicht ratifiziert worden ist, dann 1976 in Kraft. Es ist heute auch im internationalen Strafrecht verankert, Art. 7 Abs. 2 h des Römischen Statuts für den Internationalen Strafgerichtshof. Schon in Zeiten des Kolonialismus gab es scharfe Kritik an den Äußerungen *Tocquevilles*, so beispielsweise von *Adam Smith*, der die „savage injustice of the Europeans“ in Amerika beklagte (Buch IV, 21). Zur Problematik des Umgangs mit Äußerungen berühmter Menschen in ihrer Zeit § 4.

9 Vgl. *Rommel/ Winter*, *Adam Smith für Anfänger*. „Der Wohlstand der Nationen“, 1999. Vertiefend: *Ballestrom*, *Adam Smith*, 2001.

10 *Savigny* veranlasste entgegen seinen Theorien der historischen Rechtsschule die Kodifikation zahlreicher Gesetze. Die zentrale Schrift ist *von Savigny*, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 1814, 3. Aufl. 1840. Vertiefend *Rottleuthner*, Einführung in die Rechtssoziologie, 1987, 12–14; *Klein-*

Ein letztes historisches Beispiel für die interdisziplinäre Auseinandersetzung mit Recht ist die Staatswissenschaft des 19. und frühen 20. Jahrhunderts. Sie hat ökonomische, politische, soziologische und juristische Aspekte berücksichtigt. Ein berühmter Vertreter ist *Lorenz von Stein* (1815–1890).

11

► *Von Stein* studierte Philosophie und Rechtswissenschaft und war Professor in Kiel, bis er wegen seines politischen Engagements gegen Dänemark entlassen wurde, um dann als Professor für politische Ökonomie in Wien zu arbeiten. ◀

*Stein* forderte, Rechtswissenschaft als „gesellschaftsbezogene“ Staatswissenschaft zu betreiben.<sup>11</sup> Er ist mit seinem „System der Staatswissenschaft“ und der „Verwaltungslehre“ berühmt geworden, und hat Lehrbücher zur Finanzwissenschaft und eine Abhandlung zum Status von Frauen verfasst.<sup>12</sup> Er hat den Begriff „Klassenkampf“ mit geprägt und, auf die soziale Frage nach der ökonomischen Ungleichheit zwischen Menschen reagierend, eine bestimmte Form des Sozialstaats konzipiert. Seine Überlegungen auch zur kommunalen Selbstverwaltung sind bis heute inspirierend.

Nicht zuletzt dank dieser vielen Vorläufer ist heute wissenschaftlich ein weites Feld eröffnet. Theorien über Recht lassen sich aber jedenfalls anhand der systematischen Auseinandersetzung mit Realitäten an empirisch erfasste Wirklichkeit zurückbinden. Theorien werden so „empirisch überprüft“ oder „empirisch unterfüttert“. So wird eine „Idee“ oder „These“ mit dem Blick auf systematisch untersuchte (und nicht nur behauptete) „Fakten“ zu einem Konzept oder einer Theorie; normative Aussagen werden empirisch belegt. Für die juristische Arbeit ist es sehr wichtig, die beiden Ebenen voneinander zu unterscheiden: Was sein „soll“, ist etwas ganz anderes als das, was, je nach Perspektive, „ist“ (und darüber wird gestritten; mehr dazu unten C II Rn 40).

12

## B. „Jura“

Die Frage nach dem Recht ist für die Rechtswissenschaft natürlich zentral. Sie wird von der Rechtssoziologie, der Rechtstheorie und der Rechtsgeschichte ganz offen gestellt; die dogmatischen Fächer, die als „Jura“ studiert werden, gehen demgegenüber eher selbstverständlich davon aus, dass es Recht gibt, und systematisieren seine Anwendung.<sup>13</sup> Aber was genau Recht ist, liegt nicht auf der Hand.

13

*heyer/ Schröder* (Hrsg.), Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten, 230–236; *Schuller*, Zwischen Volksgeist und Gesetzgebung, von Savigny, in: *Baertschi/ King* (Hrsg.), Die modernen Väter der Antike, 2009, 7.

11 Heute findet sich integriertes Denken über die Praxis von Staaten ua bei *Shuppert*, Staatswissenschaft, 2003; *Frankenberg*, Staatstechnik, 2010.

12 Werke: System der Staatswissenschaft in zwei Bänden: Statistik 1852 und Gesellschaftslehre 1857; Die Verwaltungslehre, 1865–84, 8 Bände; Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts (1870, 3. Aufl. 1889; hrsg. von *Schliesky*, 2010); Die Frau auf dem Gebiet der Nationalökonomie, 1875, 6. Aufl. 1886. Vertiefend *Böckenförde*, Lorenz von Stein als Theoretiker der Bewegung von Staat und Gesellschaft zum Sozialstaat, in: *ders*, Recht, Staat, Freiheit, 1991, 170–208; *Waszek*, Lorenz von Stein, in: *Fetscher/ Münkler* (Hrsg.), Pipers Handbuch der politischen Ideen, Bd. 4. 1986.

13 Die Fächer werden in Deutschland in Landesgesetzen und -verordnungen bzw über das Deutsche Richtergesetz vom Bundesgesetzgeber vorgegeben und in Staatsexamina geprüft. In anderen Staaten gibt es demgegenüber reine Universitätsabschlüsse des Jura-Studiums und davon getrennte Prüfungen für bestimmte juristische Berufe, wie zB „bar exams“ in anglo-amerikanischen Ländern zur Zulassung zur Anwaltschaft. Was bedeutet das für die Rechtskultur? Wer definiert, was Jura ist, definiert auch viel davon, wie Juristinnen und Juristen arbeiten. Zur Sozialisation durch Ausbildung auch § 5 A.

- 14 In der deutschen Rechtswissenschaft gibt es auch eine **Methodenlehre**<sup>14</sup>: Sie setzt sich mit der abstrakten Struktur von Normen auseinander, um Regeln für ihre Interpretation formulieren zu können, befasst sich also nicht mit der empirischen Realität, sondern mit Maßgaben für die Auslegung von Recht. Sie ist die Theorie für die Dogmatik<sup>15</sup>. Die **Dogmatik** wiederum wird in Fächer aufgeteilt gelehrt, also als Zivilrecht, Öffentliches Recht und Strafrecht, mit allen weiteren Rechtsgebieten. Dogmatik fragt dabei nicht, was Recht „ist“, sondern strukturiert Aussagen darüber, was als rechtmäßig gelten soll. Das ist wichtig, um rechtliche Regeln möglichst vorhersehbar auf unterschiedliche Fälle anwenden zu können. Deshalb steht das im Mittelpunkt einer juristischen Ausbildung, die für die Rechtsanwendung qualifizieren soll. „Jura“ ist damit ein Studium geltenden Rechts. Eine ganz andere Frage ist die, ob eine Regelung auch tatsächlich gilt, also anerkannt und befolgt oder durchgesetzt wird. Die Dogmatik arbeitet insoweit mit einer Geltungsvermutung. Die Rechtsforschung setzt sich im Unterschied dazu damit auseinander, was hier tatsächlich „geschieht“ (ausführlicher zu Geltung und Wirkung von Recht § 9), wie Recht entsteht (dazu § 6), wer es warum als „gerecht“ erlebt und nutzt (dazu § 7) usw.
- 15 Für alle, die mit Recht umgehen, ist zudem wichtig, ob rechtliches Handeln auch „richtig“ ist. Das lässt sich wieder im Rahmen der Dogmatik beantworten: richtig ist dann, was schlüssig begründet wird. Es ist zudem eine Frage der Gerechtigkeit – mit ihr beschäftigt sich in erster Linie die **Rechtsphilosophie**.<sup>16</sup> Je stärker sie sich allerdings als politische Philosophie und Sozialphilosophie für die Realität interessiert, desto eher nimmt sie auch an einer interdisziplinären Rechtsforschung teil. Hier ist „richtig“ ua, was die Beteiligten als richtig erleben.
- 16 Daneben liefert die **Rechtsgeschichte** Informationen über die historischen Entwicklungen von Regulierung, juristischen Akteuren, Mobilisierung von Recht oder auch Sanktionen, also all den Themen, die auch hier behandelt werden. Auch das ist keine eine große Geschichte – zB nur der Rechtsentwicklung an einem Ort, nach einer Theorie, aus einer Perspektive –, sondern bestenfalls eine Auseinandersetzung mit Geschichten<sup>17</sup>.
- 17 Ein weiterer Teil der Rechtswissenschaft ist schließlich eben die **Rechtssoziologie**. Sie befasst sich mit all den Fragen, die schon *Aristoteles*, *Montesquieu* oder *von Stein* beschäftigt haben, greift aber heute weit darüber hinaus.<sup>18</sup> Das entwickelte sich in den

14 Dass sie noch gelehrt wird, zeigt, dass in Deutschland das Studium nicht als Berufsausbildung, sondern als Bildung durch forschendes Lernen, als wissenschaftliche Tätigkeit konzipiert ist, anders als in den anglo-amerikanischen „law schools“. Zur Methodenlehre *Sauer*, Juristische Methodenlehre, in: *Krüper* (Hrsg.), Grundlagen des Rechts, 3. Aufl. 2017, 176. Spannend und „klassisch“: *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 2. Aufl. 1972.

15 Vertiefend: *Bumke*, Rechtsdogmatik, JuristenZeitung 2014, 641–650.

16 Vgl. *Mahlmann*, Rechtsphilosophie und Rechtslehre, 5. Aufl. 2019; *Kühl* (Hrsg.), Zur Kompetenz der Rechtsphilosophie in Rechtsfragen, ARSP Beiheft Nr. 126, 2011, zu den Bezügen zueinander *Rottleuthner*, Rechtssoziologie, in: Handbuch Rechtsphilosophie 2017, 70, und mehr in § 3 E.

17 Vgl. *Meder*, Rechtsgeschichte. Eine Einführung, 6. Aufl. 2017; *Simon*, Rechtsgeschichte, in: Handlexikon zur Rechtswissenschaft, 2014, 315; *Stolleis*, Margarethe und der Mönch. Rechtsgeschichte in Geschichten, 2015; *Wesel*, Die Geschichte des Rechts, 4. Aufl. 2014; gegen die blinden Flecken „herrschender“ Rechtsgeschichten *Gerhard*, Frauen in der Geschichte des Rechts, 1997.

18 Zum Studienfach *Frenzel*, Rechtssoziologie – das unbekannteste Prüfungsfach: Bedeutung, Methoden, Geschichte, JuS, 2018, 517. Vertiefend *Baer*, Interdisziplinäre Rechtsforschung, in: Festschrift Juristische Fakultät HU Berlin 2010, 917. Die Themenvielfalt spiegelt sich in der Zeitschrift für Rechtssoziologie (ZfR-Soz), vgl. 2006, Heft 2 und *Uebach/Leuschner*, Zum Stand der rechtssoziologischen Lehre und Forschung im deutschsprachigen Raum, ZfRSoz 2010, 303. Wichtige Werke finden sich im Literaturverzeichnis im Anhang.

1970er Jahren<sup>19</sup> nicht zuletzt aus Protest gegen eine „positivistische“ Rechtswissenschaft, die sich weithin nicht mit der Nazi-Vergangenheit auseinandersetzen wollte und so die Auseinandersetzung mit Recht (und Unrecht) in der Wirklichkeit verweigerte. Wissenschaftlich ist die Lage in Deutschland heute schwierig: Professuren werden nicht wieder besetzt, das Studium wird auf „Kernfächer“ konzentriert; die Grundlagen werden oft vernachlässigt; nicht-dogmatische Forschung wird wenig betrieben und gefördert. Einige rufen nach einer „neuen Rechtssoziologie“<sup>20</sup>. Ein Interesse an Rechtsforschung gibt es jedenfalls.<sup>21</sup> Worum es dann konkret gehen kann, zeigen die folgenden Abschnitte.

Was ist also Recht? Nach dem Rechtsphilosophen *Ralf Dreier* soll Folgendes gelten:

18

„Recht ist die Gesamtheit der Normen, die zur Verfassung eines staatlich organisierten oder zwischenstaatlichen Normensystems gehören, sofern dieses im großen und ganzen sozial wirksam ist und ein Minimum an ethischer Rechtfertigung oder Rechtfertigungsfähigkeit aufweist, und der Normen, die gemäß dieser Verfassung gesetzt sind, sofern sie, für sich genommen, ein Minimum an sozialer Wirksamkeit und Wirksamkeitschance und ein Minimum an ethischer Rechtfertigung oder Rechtfertigungsfähigkeit aufweisen.“<sup>22</sup>

*Dreier* verknüpft hier also die formelle Geltung eines Satzes mit einer minimalen soziologischen Voraussetzung und einer minimalen philosophischen Voraussetzung. Aber verstehen wir damit schon, was genau Recht ist? Klar ist nur, dass wir akademische Fächer miteinander kombinieren müssen.

### ► Die Fragen der „Fächer“ in der Rechtswissenschaft

19

Wie gehen die unterschiedlichen Fächer im Jurastudium mit einer rechtlichen Fragestellung um? Was macht also gerade die Rechtssoziologie im Unterschied zu anderen Fächern aus?

Das lässt sich anhand von „Fällen“ gut diskutieren: Formulieren Sie zu einem beliebigen Rechtsfall die **Fragen**, die sich dann aus der Perspektive der Rechtsdogmatik, der Rechtsphilosophie, der Rechtsgeschichte und der Rechtssoziologie stellen. Um auch die – nicht immer ganz trennscharfe, letztlich historisch gewachsene und auch national unterschiedliche – Abgrenzung zwischen den dogmatischen Fächern zu verstehen, können Sie zudem fragen, was aus Sicht des Zivilrechts, aus Sicht des Strafrechts und aus Sicht des Verfassungs- und Verwaltungsrechts wichtig wäre.

**Ein Beispiel:** Ein Bundesland beschließt den Ausbau eines Flughafens. Die wenigen Menschen, die noch in der Nähe des bisherigen Flughafens leben, befürchten eine noch höhere Lärmbelastung und wenden sich gegen diese Planung. Welche Fragen stellen sich, wenn Sie den „Fall“ aus den unterschiedlichen Perspektiven der Dogmatik, der Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie heraus betrachten?

19 Zur Entwicklung *Raiser*, Rechtssoziologie in Deutschland, Rechtswissenschaft 2010, 204; *Rottleuthner*, Exodus und Rückkehr der Rechtssoziologie, KritV 2009, 202; *Wrase*, Rechtssoziologie und Law and Society, ZfRSoz 2006, 289. S.a. *Bourdieu*, The Force of Law, Towards a Sociology of the Juridical Field, Hastings Law Journal 38 (1987), 805.

20 *Somers/ Roberts*, Toward a New Sociology of Rights: A Genealogy of ‚Buried Bodies‘ of Citizenship and Human Rights, Annual Review of Law & Social Science 4 (2008) 385; *Riles et al*, Exploring the ‚Legal‘ in Socio-Legal Studies, 2015.

21 Das zeigen die Kongresse der deutschsprachigen Rechtssoziologie-Vereinigungen in Luzern 2008, Wien 2011, Berlin 2015 ebenso wie die Nachwuchstagen des LSI Berlin und BAR; mehr unter [www.rewi.hu-berlin.de/de/lf/oe/lisi](http://www.rewi.hu-berlin.de/de/lf/oe/lisi). S.a. *Kocher*, Rechtssoziologie: Das Recht der Gesellschaft und die Gesellschaft des Rechts. RW Rechtswissenschaft, 8 (2/2017), 153.

22 *Dreier*, Der Begriff des Rechts, in: Recht-Staat-Vernunft, 1991, 116.

Die Frage der **Rechtsdogmatik** lautet: Wie ist ein Fall zu entscheiden? Was *gilt*? Es geht also um die Anwendung und Auslegung von juristischen Normen, von Rechtsnormen. Hier müsste konkret überlegt werden, ob ein Planfeststellungsverfahren durchgeführt worden ist und rechtmäßig war, ob der Flughafenbetreiber eine wirksame Genehmigung erhalten kann und welche Ansprüche aus der Nachbarschaft gerichtlich geltend gemacht werden können und Erfolg hätten. Hier mischen sich bereits Fragen aus dem Verwaltungsrecht mit solchen aus dem Zivilrecht. Sie können auch weiter gehen: Kann der Fall strafrechtliche Fragen aufwerfen? Und welche Grundrechte und welche Aspekte der Gewaltenteilung spielen eine Rolle? All dies sind dogmatische Aspekte.

Die **Rechtsphilosophie** fragt etwas anderes: Was ist gerechtes Recht? Was *sollte* gelten? Hier heißt das: Ist es gerecht, den Flugverkehr auszubauen, wenn darunter einige leiden, die aber nicht direkt davon profitieren? Die Antwort hängt davon ab, welche theoretische Position Sie einnehmen. Aus utilitaristischer Perspektive fragt sich zum Beispiel, ob das Glück vieler, der Flugreisenden, mehr wiegt als das Interesse der wenigen, die neben dem Flughafen wohnen. In Orientierung an der Theorie von *John Rawls* würden Sie fragen, ob sich Menschen für den Flughafenausbau entscheiden würden, wenn sie vorher nicht wüssten, ob sie in der Nähe leben oder weit entfernt; gerecht wäre dann ein Votum „hinter dem Schleier des Nichtwissens“. Diskutieren ließe sich rechtsphilosophisch auch, welche Lösung einer Fürsorgegerechtigkeit (*care ethics*, eine Orientierung auf die Bedürfnisse uns nächster Menschen) und welche Lösung einer abstrakten Gerechtigkeitsidee, also nicht auf konkrete Situationen bezogen, entspricht.

Die Frage der **Rechtsgeschichte** lautet: Wie hat sich das Recht entwickelt? Historisch geht es darum, Quellen zu finden und zu interpretieren und so Geschichte – genauer eigentlich wieder: Geschichten – zu rekonstruieren. Für unseren Fall zeigt eine historische Betrachtung, dass auf technischen Fortschritt mit bestimmten Regelungen reagiert wurde, etwa im Bereich des Lärmschutzes, die sich allerdings auch an ganz alten Ideen orientierten, etwa aus dem Allgemeinen Preußischen Landrecht von 1794, wonach Einzelne dafür entschädigt werden müssen, wenn sie sich für die Allgemeinheit „aufopfern“.

In der **Rechtssoziologie** wird gefragt: Was ist Recht in der Wirklichkeit, was ist also tatsächlich Recht? Die Rechtssoziologie wendet empirische Methoden (dazu § 10) an, um dies zu analysieren. Im Flughafenfall bedeutet das: Warum genau und nach welchen Debatten, in welchen Verfahren und auf wessen Initiative oder Einfluss hat die Landesregierung den Ausbau beschlossen? Welche tatsächlichen Faktoren machen aus, ob der Beschluss akzeptiert wird oder nicht? Wäre die Akzeptanz höher, wenn die Menschen stärker im Verfahren einbezogen worden wären? Eine „klassische“ Frage der Rechtssoziologie zielt auch darauf, welche Gründe Menschen dazu bringen oder davon abhalten, Ansprüche geltend zu machen, also „Rechtsbewusstsein“ zu entwickeln und Recht zu „mobilisieren“, indem sie vor Gericht gehen. Und dann fragt sich, wer warum vor Gericht erfolgreich ist und wem genau Schlichtung und Mediation mehr bringen als Verfahren vor Gericht. ◀

- 20 Schon mit einem kurzen Blick auf die juristische Welt lässt sich also sagen, dass „Jura“ mehr sein muss als das Studium der Rechtsregeln im formellen Sinne. Nicht zuletzt geht auch das **Interesse in der Praxis** weit über die Dogmatik hinaus: Wer zB in einer Kanzlei von Anwältinnen und Anwälten ein Unternehmen berät, das weltweit Handel betreibt, muss nicht nur das Recht aller berührten Staaten und das internationale Handelsrecht kennen, sondern auch die sozialen (oft „kulturell“ genannten) Gepflogenheiten, die den Handel und auch die juristischen Handlungen prägen, die den Handel ermöglichen sollen. Sie müssen dann wissen, was warum tatsächlich für

wen „gilt“. Rechtssoziologie ist damit nicht nur eine Hilfswissenschaft und sie befasst sich auch nicht nur mit den Tatsachen, die als „Sachverhalt“ einen Fall ausmachen. Vielmehr ist Rechtssoziologie der Kern einer interdisziplinären Rechtsforschung, die das Phänomen Recht insgesamt beleuchtet.

### ► Recht auf dem Papier?

21

In deutschen Kanzleien werden vielfach umfangreiche Vertragskonvolute ausgehandelt und müssen geprüft werden, um im internationalen Handel bestimmte Geschäfte abzusichern. Das geschieht, obwohl das BGB oft sehr viele der dann in den Verträgen nochmals ausdrücklich behandelten Fragen regelt, wenn sich Vertragsbeteiligte aus einem anderen Land – und insbesondere aus einer Rechtsordnung wie der in den USA, die sich als Fallrechtsordnung des *common law* versteht – sonst nicht abgesichert fühlen.

Allerdings können an solchen Verträgen auch Unternehmen beteiligt sein, die weder aus Deutschland noch aus den USA kommen, sondern in Kulturen verwurzelt sind, in denen es als problematisch gilt, allzu detaillierte Konfliktregeln festzuhalten, weil damit auch suggeriert wird, in die Geschäftspartner oder -partnerinnen kein Vertrauen zu haben.

Wer da gut verhandeln will, also auch eine gute und verlässliche juristische Praxis gestalten möchte, muss sich also nicht nur mit nationalem, trans- und internationalem Recht auskennen. Vielmehr benötigen international tätige Juristinnen und Juristen auch einen Sinn für unterschiedliche Rechtskulturen und ein Wissen um informelle Normen in Entscheidungssituationen. Das ist mehr als die juristisch-dogmatische Kompetenz. Erkenntnisse der interdisziplinären Rechtsforschung helfen dabei, diese zu entwickeln. ◀

Wer erfolgreich Verträge gestalten will, muss mehr kennen als die Regeln. Auch wer Gesetzgebung beeinflussen will, muss nicht nur viel über Politik wissen, sondern und auch etwas über ökonomische Folgen und die kulturelle Bedeutung von Regeln oder auch über die Handelnden, die juristischen Akteure. Rechtssoziologisches Wissen ist damit Teil professioneller **Kompetenz**, sowohl analytisch wie auch handlungsorientiert.

22

Dazu kommt **Verantwortung**. Auch sie ist Teil guten juristischen Arbeitens. Wer verantwortlich handeln will, muss verstehen, wie das genau funktioniert, was wir juristisch tun. Wie kommt eine gerichtliche Entscheidung zustande und wie wirkt sie auf diejenigen, die geklagt haben, und auf die, die verklagt oder angeschuldigt wurden? Was kann Regulierung, also Gesetzgebung oder auch die Verabschiedung einer Vereinbarung, in der sozialen Wirklichkeit bedeuten, und wer setzt da tatsächlich wie genau welche Interessen durch? Wie steht es um die Hürden bei der Durchsetzung von Recht: wann können wir davon ausgehen, dass Menschen ihre Rechte selbst geltend machen und wann müssen wir sie unterstützen? Verantwortliche, ethisch zu rechtfertigende Juristerei lässt sich betreiben, wenn wir auch das verstehen. Die Anforderungen aller juristischen Praxisfelder verlangen nach der Auseinandersetzung auch mit den nicht im engeren Sinne juristischen, formellen Aspekten des Rechts.

23

## C. Die Grundfrage: Was ist Recht?

Die Frage danach, was Recht tatsächlich ist, kann jedoch nicht aus den Rechtsregeln gewonnen werden. Wir können realistisch gesehen nicht einfach unterstellen, dass Regeln gelten und auch etwas bewirken, sondern müssen genau erfragen, ob und wie das funktioniert. Also können wir nicht „deduktiv“ vorgehen, sondern müssen die Frage nach Recht als soziokulturellem Phänomen **induktiv** beantworten (dazu § 10).

24

- 25 Was sind die **Rechtstatsachen**, die uns hier interessieren?
- 26 Tatsachen sind jedenfalls keine schlicht vorfindbaren „Fakten“. Vielmehr bedarf es der **Empirie**, der gezielten, interpretierenden, analytisch angeleiteten Beobachtung, um Wirklichkeit als Fakten zu erkennen. Wenn also das Zivilrecht von der Willenserklärung spricht, müssen wir auch verstehen, was der menschliche Wille ist, was Äußerungen bedeuten und wie in einem bestimmten sozialen Kontext Erklärungen interpretiert werden. Wenn im Verfassungsrecht Anforderungen an die Demokratie normiert sind, müssen wir auch verstehen, auf welche gesellschaftlichen Zusammenhänge das gerichtet ist, wie Verfahren tatsächlich funktionieren, wie Politik gemacht wird. Darin liegt allerdings auch eine große Herausforderung: das **Wissensproblem**<sup>23</sup>.
- 27 Die Rechtspraxis ist also die Tatsache, die sich systematisch beobachten lässt. Dabei geht es nicht nur um die Praxis vor Gericht oder in Parlamenten. Daneben lässt sich auch die Dogmatik als Praxis beobachten. Eine „richtige“ Auslegung einer Norm und eine „saubere“ Subsumtion in einem konkreten Fall ergeben sich ja nicht automatisch, logisch zwingend aus dem Sollenssatz, sondern werden – wie auch Gesetzgebung oder ein Vertragsschluss – von Menschen betrieben, also gemacht, „konstruiert“. Daher kann auch die Dogmatik empirisch erforscht werden. Rechtswissenschaft ist damit zugleich eine Möglichkeit, sich selbst zu beobachten – sie wird selbstkritisch, „reflexiv“. Um das zu leisten, muss sie also, was die Methoden angeht, interdisziplinär arbeiten.
- 28 In Deutschland dominiert allerdings weithin eine andere Vorstellung von Rechtswissenschaft als **Normwissenschaft**. Dogmatik prägt gerade auch das Jurastudium. Es geht dann eben um „reine“ Dogmatik und „saubere“ Subsumtion, die durch die sich dauernd verändernden sozialen Entwicklungen nicht „verunreinigt“ werden darf. Rechtswissenschaft ist dann in den dogmatischen Fächern im Kern eine textbasierte Argumentations- und Entscheidungswissenschaft. Heute ist zwar allen klar, dass Recht sich jedenfalls in gewisser Weise auf Tatsachen bezieht und auch beziehen muss. Dennoch war und ist **umkämpft**, wie sehr sich die Auseinandersetzung mit Recht und auch die Rechtspraxis auf die Begriffe konzentrieren sollen oder sich der Wirklichkeit zu öffnen haben.

### I. „Begriffsjurisprudenz“?

- 29 Ist Recht also ein System von Aussagen, letztlich nur Text, oder muss Recht die Wirklichkeit viel stärker in Bezug nehmen? Solche theoretischen Fragen zum Recht und zum Gegenstand von Rechtswissenschaft sind weder politisch noch in der Rechtspraxis folgenlos. Wozu führt ein Verständnis von Recht, das die abstrakten Sätze, die Normen, in den Mittelpunkt stellt?
- 30 Die Orientierung an den Normen selbst, als textlichen Aussagen, ist Kern der **Begriffsjurisprudenz**. Ein erster Vertreter ist **Georg Friedrich Puchta** (1798–1846).<sup>24</sup> Er entwickelte die Begriffsjurisprudenz in der Tradition des kirchlichen (kanonischen) und des römischen Rechts aus der Pandektenwissenschaft, dem genauen Studium der Texte. Hier zeigt sich nicht nur, warum Jura und Theologie so nahe beieinander liegen – beide

23 Vertiefend: *Collin/ Horstmann*, Das Wissen des Staates, 2004; Beiträge in *Cottier/ Estermann/ Wrase* (Hrsg.), Wie wirkt Recht?, 2010.

24 Vertiefend *Haferkamp*, Georg Friedrich Puchta und die ‚Begriffsjurisprudenz‘, 2004; kurz *Haferkamp*, Georg Friedrich Puchta, in: Festschrift 200 Jahre Juristische Fakultät HU Berlin, 229.

interpretieren Gesetzbücher, autoritative Texte. Hier zeigt sich auch, wie wichtig das Medium der Schrift für das Recht ist: ohne Textualität, also die Verschriftlichung von Normen, gäbe es die Rechtswissenschaft so nicht.<sup>25</sup>

*Puchta* als Vertreter der Begriffsjurisprudenz verstand Recht im Kern als das geschriebene, das positive Recht, also als ein System von Aussagen, als eine Begriffspyramide, die für alle Probleme eine letztlich aus rechtlichen Oberbegriffen abgeleitete Antwort bereithalte. So entstand ein Dogma von der **Lückenlosigkeit** der Rechtsordnung. Daraus folgt nicht nur ein Auftrag, Gesetze entsprechend auszulegen; das hat auch Folgen für unsere Vorstellung von Gewaltenteilung im Rechtsstaat. Die Begriffsjurisprudenz meint: Jede Lücke lässt sich durch Auslegung logisch schließen. Dann sind der Staat und insbesondere die Gerichte umfassend an das positiv gesetzte Recht, an das Gesetz gebunden. Es gilt das **Subsumtionsdogma**, die Orientierung der Gerichte am Gesetzgeber. Heute mag das selbstverständlich scheinen. Es war aber in Zeiten, in denen parlamentarische Demokratien noch erkämpft werden mussten, ein sehr wichtiger, geradezu revolutionärer Aspekt; Richter sind nicht mehr allmächtig, sondern an die Vorentscheidung des Gesetzgebers gebunden. Zugleich bedeutet die These von der Lückenlosigkeit, dass Konflikte durch logische Schlussfolgerungen aus den Texten herausgelöst werden können. Dahinter steht die Hoffnung, dass Gerichte nicht willkürlich urteilen, sondern „ohne Ansehen der Person“. Daraus entsteht dann aber die Gefahr, dass Gerichte zu „**Paragrafautomaten**“ werden, und damit eventuell auch ungerecht urteilen.<sup>26</sup>

31

Recht ist aus der Perspektive der Begriffsjurisprudenz also ein geschlossenes System aus Begriffen, und aus bestehenden Begriffen können jeweils neue logisch abgeleitet werden. Der Rechtswissenschaftler *Rudolf von Jhering* (mehr unter IV) formulierte Mitte des 19. Jahrhunderts prägnant: „Die Begriffe sind produktiv, sie paaren sich und zeugen neue.“<sup>27</sup> Nach Auffassung der Begriffsjurisprudenz sollen sich unter die Begrifflichkeiten alle Rechtsfälle subsumieren und entscheiden, also „lösen“ lassen. Damit entstand allerdings auch bald ein **Problem**: Rasante umwälzende Entwicklungen der Industrialisierung, der schnelleren und weiter reichenden Kommunikation und der sozialen und räumlichen Mobilität ließen sich mit alten Rechtstexten nicht oder doch nicht immer erfassen. Eine strikt auf Begriffe orientierte Rechtsanwendung ist also neuen Sachverhalten und insbesondere auch neuen Anforderungen an die Legitimation von Recht nicht gewachsen.<sup>28</sup>

32

Doch hat die „reine“ Orientierung am gesetzten, also am „positiven“ Recht auch gewichtige Vorteile. Besonders wichtig ist hier der Rechtstheoretiker *Hans Kelsen*<sup>29</sup>.

33

25 Das ist heute eine intensive, interdisziplinär geführte Diskussion, in der es auch um die Frage geht, inwiefern die Veränderung der Medien – also die Entwicklung von Foto und Film, die Digitalisierung – das Recht verändert. Zur Kulturwissenschaft in der Rechtsforschung § 3 K.

26 Vertiefend *Ogorek*, Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert, 1986.

27 *Von Jhering*, Geist des römischen Rechts, 1852–1865, in: *Bydlinsky*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 1982, 109, 110.

28 Es kommt natürlich darauf an, wie genau argumentiert wird. Vertiefend zu heutiger Begriffsarbeit *Koch/Rüßmann*, Juristische Begründungslehre, 1982.

29 Zentrales Werk: *Reine Rechtslehre*, 1934, 2. Aufl. 1960. Zum Rechtspositivismus *Mahlmann*, Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, 3. Aufl. 2015, 157; zu *Kelsen* vertiefend *Dreier*, Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen, 1986; *Paulson/Stolleis* (Hrsg.), Hans Kelsen. Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts, 2005; *Jestaedt/Lepsius*, Hans Kelsen: Verteidigung der Demokratie, 2006.